

Note sous Trib. Jeun. Bruxelles (12^e ch.), 6 mai 2009 ⁽¹⁾

**La création d'un lien légal avec la mère génétique
d'un enfant conçu par gestation pour autrui :
une question de filiation ou d'adoption?**

L'originalité de ce jugement n'est pas ou plutôt n'est plus de prononcer l'adoption plénière d'un enfant né d'une gestation pour autrui par sa mère biologique.

Dès 1996, le tribunal de la jeunesse de Bruxelles avait homologué l'adoption d'un enfant fécondé *in vitro* à partir des gamètes d'une femme et de son époux, et porté par la sœur de l'adoptante ⁽²⁾. Un commentateur de ce premier jugement publié concluait à l'époque ses observations en indiquant : «les juristes sauront résister à la tentation de suivre, servilement, la mode... si rapidement démodée. Ils ne doivent pas se sentir obligés d'avaliser tout ce qui est techniquement possible. La pratique des mères porteuses contredit gravement l'essence de la maternité, qui est une et incessable» ⁽³⁾.

Force est de constater que son souhait n'a pas été suivi, puisque d'autres jugements ont été prononcés en ce sens, y compris dans des couples homosexuels ⁽⁴⁾.

La présente note n'est pas le lieu pour approuver ou regretter ces jugements et aborder le vaste débat éthique et juridique que suscite la gestation pour autrui. D'autres l'ont fait ⁽⁵⁾ et le législateur, quand il le pourra, devra bien s'atteler à cette vaste et délicate question.

On se bornera ici à commenter une question précise abordée dans ce jugement suite à l'avis du ministère public : s'agit-il en l'espèce d'une question de filiation ou d'adoption?

⁽¹⁾ Également publié in *J.L.M.B.*, 2009, p. 1083; *T.J.K.*, 2009, p. 357.

⁽²⁾ Trib. Jeun. Bruxelles, 4 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1182; *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 124, obs. E. MONTERO.

⁽³⁾ E. MONTERO, «L'adoption consécutive à un contrat de mère porteuse», *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 128, n° 11.

⁽⁴⁾ Trib. Jeun. Turnhout, 4 octobre 2000, *J. dr. jeun.*, 2001, liv. 209, p. 61; *R.W.*, 2001-2002, p. 206, note F. SWENNEN, «Volle adoptie na draagmoederschap: nihil obstat?»; Anvers, 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-2008, n° 42, p. 1774, note F. SWENNEN, «Adoptie na draagmoederschap revisited». Cet arrêt réforme le jugement du tribunal de la jeunesse d'Anvers qui avait considéré que l'adoption plénière après une maternité de substitution intrafamiliale ne servait pas l'intérêt de l'enfant et comme non conforme aux droits fondamentaux de ce dernier : Trib. Jeun. Anvers (7^e ch.), 11 octobre 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 1777.

⁽⁵⁾ Cf notamment N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 812 à 981; N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Larcier, 2009, pp. 355 et s., n°s 336 à 348. Voy. également les diverses considérations quant à l'illicéité du contrat et l'analyse faite en termes de droits fondamentaux dans la note de C. HENRICOT, S. SAROLEA et J. SOSSON, «La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger», note sous Liège, 6 septembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1139.

Le ministère public en son avis faisait en effet valoir que puisque l'adoptante était la mère génétique de l'enfant (sachant que l'enfant avait été conçu *in vitro* avec ses gamètes et celles de son époux), il s'agissait «d'établir une filiation biologique par delà une filiation "apparente" de mère porteuse», de sorte que le recours à l'adoption était inadéquat. Il suggérait plutôt de recourir à une «substitution de maternité pure et simple» et ajoutait que l'article 331septies du Code civil permettait au besoin de faire trancher par le tribunal de première instance tout conflit de filiation non autrement réglé par la loi, et ce sans restrictions de preuves et de délais.

Le tribunal ne suit pas cette argumentation et constate au contraire qu'aucune action du droit belge de la filiation ne permet de conférer à l'enfant une filiation maternelle correspondant à sa filiation biologique.

Cette affirmation est tout à fait exacte.

En effet, les articles 57 et 312 du Code civil imposent de mentionner dans l'acte de naissance le nom de la mère étant entendu comme la femme qui accouche. C'est bien celle-ci qui est réputée, en vertu de l'article 312, alinéa 1^{er}, du Code civil, être la mère légale de l'enfant, et ce même si le patrimoine génétique de l'enfant provient d'une autre femme⁽⁶⁾. Indiquer le nom de la mère d'intention, mère si elle est la mère génétique, constituerait d'ailleurs un délit de substitution d'enfant, l'article 363 du Code pénal visant expressément «celui qui substitue à un autre ou qui attribue à une femme un enfant dont elle n'a pas accouché»⁽⁷⁾.

Par ailleurs, la seule action relative à la filiation pouvant être envisagée dans cette hypothèse est une action en contestation de la filiation maternelle ainsi établie par la mention du nom de la mère ayant accouché dans l'acte de naissance, ouvrant ensuite la porte, si elle était déclarée fondée, à une reconnaissance par la mère d'intention⁽⁸⁾. Celle-ci, lorsque, comme en l'espèce, elle est aussi la mère génétique, est selon nous titulaire de l'action en contestation de la maternité de la mère porteuse fondée sur l'article 312, §2, du Code civil en tant que «personne qui revendique la maternité de l'enfant»⁽⁹⁾. Néanmoins, même s'il n'existe pas de possession d'état rendant cette action irrecevable⁽¹⁰⁾, cette action ne sera néan-

⁽⁶⁾ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 78 et 760.

⁽⁷⁾ À ce titre, les pratiques couramment appelées de «fraudes à la carte SIS» consistant à ce que la mère porteuse utilise la carte SIS de la mère d'intention et partant prenne l'identité de celle-ci de façon à ce que le nom de cette dernière soit mentionné dans l'acte de naissance constituent clairement des délits. Cfr également sur cette pratique, DE HERT et P. HERBOTS, «Wettelijke regeling van draagmoederschap dringt zich op», *Juristenkrant*, 2008, n° 179, p. 10.

⁽⁸⁾ L'article 313, §1^{er}, du Code civil ne permettant une reconnaissance maternelle que si le nom de la mère n'est pas mentionné dans l'acte de naissance (cas d'accouchement sous X en France ou au Luxembourg) ou à défaut de cet acte.

⁽⁹⁾ Cfr également J. SOSSON, «Le droit de la filiation nouveau est arrivé!», *J.T.*, 2007, p. 391, n° 19. Dans le même sens, N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 53.

⁽¹⁰⁾ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 2^e édition, 2010, p. 596, n° 623, note 142, considère en revanche la position selon laquelle la mère génétique pourrait agir «impraticable si l'on reconnaît l'existence d'une possession d'état prénatale résultant

moins déclarée fondée que si elle démontre, selon le texte légal, «le caractère mensonger de la filiation maternelle». La question de savoir si le tribunal devrait faire primer la maternité génétique (et dès lors déclarer la demande fondée) ou la maternité gestatrice (et dès lors la déclarer non fondée) n'est pas tranchée. La référence au caractère mensonger de la filiation (ajouté lors de la réforme de 2006 suite à l'avis du Conseil d'État⁽¹¹⁾) ne donne pas d'indication en la matière. Dans le contexte d'une maternité devenue «multidimensionnelle», la référence à une filiation «mensongère» ou une filiation «réelle» est en effet éminemment ambiguë⁽¹²⁾. Mais il paraîtrait quoi qu'il en soit peu probable qu'un tribunal considère que la maternité gestatrice serait mensongère et que la maternité génétique, découlant de la transplantation d'un ovule, fonderait la maternité «réelle». La doctrine a en tous cas jusqu'ici⁽¹³⁾ considéré que la preuve de la maternité génétique devait céder devant la maternité gestationnelle précisément parce que la maternité découle de l'accouchement aux termes des articles 312, §1^{er} et 314 du Code civil, cette dernière disposition légale indiquant que pour qu'un lien de filiation maternelle soit établi par jugement, la preuve de ce que «l'enfant est celui dont la mère prétendue a accouché» doit être rapportée.

Il ne nous paraît dès lors pas qu'on puisse dire exactement, comme le tribunal de la jeunesse de Bruxelles, que dans l'hypothèse du jugement annoté, «l'intentement de l'action en contestation de maternité» n'est pas permis, car la mère génétique nous paraît être titulaire de l'action (ainsi d'ailleurs que le père), mais plutôt que cette action ne serait pas déclarée fondée. C'est, semble-t-il, ce que le tribunal entendait signifier puisqu'il indique que la filiation n'aurait quoi qu'il en soit pas un caractère mensonger puisque la désignation de la mère porteuse «comme mère légale de l'enfant, dans l'acte de naissance, résulte de la circonstance exacte qu'elle a accouché de l'enfant».

Par ailleurs, l'article 331septies du Code civil n'aurait nullement permis de trancher une contestation de maternité en faveur de la mère porteuse comme le

de la gestation». Il existerait donc toujours, pour cet auteur, une possession d'état anténatale qui rendrait l'action irrecevable, de sorte que la mère génétique ne pourrait jamais contester la maternité. Encore faudrait-il considérer d'une part qu'une possession d'état anténatale se constituerait d'emblée durant la grossesse entre l'enfant et une femme qui a au départ l'intention de le porter pour autrui, ce qui nous paraît délicat, et d'autre part que cette possession d'état ne serait pas équivoque... Quoi qu'il en soit, l'existence d'une éventuelle possession d'état entre l'enfant et la mère porteuse pouvant faire barrage à l'action n'est une hypothèse pertinente que si la mère porteuse décide de garder l'enfant, ce qui contraindrait la mère génétique à agir en contestation de maternité pour tenter de «récupérer» l'enfant. Ce qui n'est assurément pas le cas de l'espèce annotée où aucune possession d'état n'existait entre la mère porteuse et l'enfant qu'elle avait remis dès la naissance aux «parents commanditaires».

⁽¹¹⁾ Projet de loi portant des dispositions diverses (I), partie I, Chambre, sess. 2006-2007, doc 51-2760/001, p. 239.

⁽¹²⁾ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Larcier, 2009, p. 365.

⁽¹³⁾ En tous cas avant la réforme de la filiation de 2006. Pour une synthèse des débats sur ce point, *cf.* N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, coll. de la Faculté de droit de l'ULB, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 768 et s., n° 340, et les références doctrinales citées.

soutenait le ministère public en son avis. Cet article dispose que «les tribunaux statuent sur les conflits de filiation que la loi n'a pas réglés en déterminant par toutes voies de droit la filiation la plus vraisemblable». Il poursuit en précisant que «si les autres éléments de preuve sont insuffisants, la possession d'état sera prise en considération».

Cette disposition légale ne s'applique qu'aux conflits de filiation dont aucun texte légal ne préciserait les conditions de recevabilité (titulaires, délais et fin de non-recevoir éventuelle) ou de fondement. Il s'agit d'un texte applicable «par défaut». Or en l'espèce, les conditions pour qu'une action en contestation de maternité soit déclarée recevable et fondée sont énoncées à l'article 312, §2, du Code civil. L'article 331septies n'a pas non plus vocation à s'appliquer pour suppléer à des difficultés d'interprétation du texte. Le seul cas d'application de cette disposition légale actuellement entrevu par les auteurs depuis la dernière réforme du droit de la filiation est l'hypothèse d'un enfant né d'une femme bigame auquel deux présomptions de paternité auraient vocation à s'appliquer, ce qui engendre effectivement un conflit entre deux liens juridiques de filiation découlant de l'effet de la loi, conflit qu'aucune action judiciaire prévue par le Code civil ne permet résoudre⁽¹⁴⁾. Aucun auteur n'envisage par contre l'hypothèse assurément hardie du ministère public qui imaginait une «substitution de maternité pure et simple» qui, parce qu'elle n'est pas prévue par la loi, aurait permis, via l'application de l'article 331septies du Code civil, au tribunal de première instance de trancher ce conflit de filiation «sans restrictions de preuves et de délais». Nous pensons en effet que cette disposition légale ne peut pas non plus être utilisée pour contourner l'application de règles existantes, quels qu'en soient les inconvénients dans un cas d'espèce, et «imaginer» de toutes pièces des actions non prévues par le législateur qui échapperaient, par ce biais, à toutes les contraintes posées en termes de titularité, de délais et de fondement posées aux actions relatives à la filiation telles que définies par la loi.

La voie de l'adoption est donc bien, selon nous, la seule possible pour «corriger» la situation légale d'un enfant issu d'une gestation pour autrui

Jehanne SOSSON

⁽¹⁴⁾ À distinguer du cas de l'enfant né moins de trois cent jours après la dissolution d'un premier mariage de la mère mais après le remariage de celle-ci qui a expressément prévu et tranché en faveur de l'application de la présomption de paternité exclusivement à l'égard du second mari par l'article 317 du Code civil. *Cfr* N. GALLUS, *op. cit.*, p. 184, n° 162; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome 2, vol. II, 4^e édition par J.-P. MASSON, 1990, p. 909, n° 926. Signalons qu'avant la réforme du droit de la filiation de 2006 un autre cas d'application existait, à savoir celui où le tribunal était saisi simultanément de deux demandes d'autorisation d'un enfant adultérin émanant de personnes différentes (*cfr* Bruxelles, 28 mai 1980, *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, p. 39), ce qui n'est plus le cas aujourd'hui puisque d'une part une autorisation n'est plus nécessaire pour reconnaître un enfant adultérin et d'autre part l'article 329 du Code civil précise que seule la première reconnaissance sort ses effets.